

3. PALESTRA

3.1 O PODER JUDICIÁRIO E O MINISTÉRIO PÚBLICO - UMA VISÃO CRÍTICA¹

HÉLIO PEREIRA BICUDO

Procurador de Justiça aposentado do Estado de São Paulo

Gostaria de fazer um pequeno preâmbulo sobre o que representam os três poderes de Estado desde suas origens. Codificou-se o poder judiciário como um dos três poderes que, ao lado do executivo e do parlamento, constituem-se em um dos fundamentos do estado de direito democrático imaginado, nem sempre superando os parâmetros teóricos conseguidos pelo grande pensador e filósofo que foi Montesquieu no seu espírito das leis.

Enquanto, a magistratura se aperfeiçoava, impondo ao Estado a vigilância sempre exigida para a construção da democracia, o Ministério Público fazia as vezes de representante do rei e como tal atuava. Era o acusador que falava em nome do rei, na pretensão de alcançar um ideal de Justiça que se configurava distante da realidade exatamente pela subordinação jurídica do promotor ao rei. Principalmente na terceira década do século passado é que se deu início a um movimento que crescia dentro do próprio Ministério Público para a construção de uma instituição nova, autônoma, que viesse a opor aos interesses da coroa os reais interesses da sociedade.

O promotor público não deveria ser o inquisidor na figura de um personagem, como no romance dos *Miseráveis* de Victor Hugo e, muito menos, o acusador sistemático em matéria penal. Nesta luta, cujos resultados estão escritos na Constituição Federal de 1946 e da qual participaram insígnies membros do Ministério Público de São Paulo, como Antonio Queiroz Filho, João Batista de Arruda e Sampaio, Mário de Moura e Albuquerque, Odilon da Costa Manso, Cezar Salgado, Márcio Martins Ferreira e tantos outros, que do meu Estado e de outras unidades da Federação se juntaram para se conseguir as primeiras vitórias no sentido de dar real autonomia à instituição: a proibição da advocacia, a imposição do tempo integral no exercício das funções. E com a nova organização vieram, evidentemente, novas atribuições. Uma delas que não parece implícita agora na Constituição de 1988 é a investigação do crime pelo Ministério Público. É parte, sem dúvida, da própria dinâmica do exercício de suas atividades e tem amparo nos dispositivos legais que dão ao Ministério Público a competência para propor a ação penal pública e acompanhá-la, intervindo, se for o caso, no andamento do processo que lhe é conseqüente.

A problemática da ação investigativa do *Parquet* não é tão simples como possa parecer,

¹ Palestra proferida na Semana do Ministério Público, em 14 de setembro de 2007.

não bastando as cinco leituras do artigo 144, parágrafo segundo da Constituição Federal, para chegar-se a conclusões pelo afastamento do Ministério Público da investigação criminal. A lei, segundo Francisco Ferrara, citado por Alípio Silveira, não se identifica com a letra da lei, “essa é apenas um meio de comunicação, as palavras são símbolos e portadoras de pensamentos, mas podem ser defeituosas”. A interpretação de uma nova norma constitucional não pode se ater, portanto, exclusivamente ao que nela está escrito, a norma deve estar conforme o sistema e com os princípios gerais incisos no conjunto do texto constitucional, com os costumes e a realidade sócio-política. Eles estão indicados em Maximiliano: a tarefa primordial do executor das normas estabelecidas é descobrir a relação entre o texto abstrato e o texto concreto. Isto é, entre a norma jurídica e o fato social, aplicando dessa maneira o direito. Para consegui-lo, explica o autor, será iniciado um trabalho preliminar. Descobrir e fixar um sentido verdadeiro da regra positiva e logo depois, o respectivo alcance de sua extensão. Vejamos, como escreve Gomes Canotilho, o sentido da norma constitucional desvenda-se através da utilização como elementos interpretativos do elemento filológico: literal, gramatical, textual; do elemento lógico: elemento sistemático; do elemento histórico; do elemento teológico: elemento racional. Segundo o constitucionalista português, a articulação desses vários fatores hermenêuticos irá apontar para uma interpretação jurídica da Constituição e o princípio da legalidade, diríamos normatividade constitucional, é fundamentalmente salvaguardado pela ampla relevância atribuída ao texto. Ponto de partida para tarefa de mediação ou captação do sentido por parte dos concretizadores das normas constitucionais, limite da tarefa de interpretação, pois a função de intérprete será a de desvendar o sentido do texto sem ir para lei, muito menos centrar sobre o teor literal do preceito. Na hipótese, com base na lição do eminente constitucionalista, do ponto de vista racional do dispositivo ora em discussão, vamos encontrar no artigo 127 da Constituição Federal, que o Ministério Público, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, e ao qual incube a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Por aí já se vê a relevância das atribuições do Ministério Público, que lhe são assinadas, tendo até mais em vista, que é fundamento do Estado da cidadania, a dignidade da pessoa humana, como está escrito no artigo primeiro da Constituição. Tudo em consonância com os objetivos fundamentais da República, como a construção de uma sociedade livre, justa, solidária. A erradicação da pobreza, da marginalização, a promoção do bem de todos sem quaisquer preconceitos. Pois bem, se ao Ministério Público incube a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, essas atribuições objetivam a concretude daquilo que é fundamento do Estado, tendo em vista as metas assinaladas indispensáveis para a construção de uma sociedade democrática. Quando a Constituição confere poder geral ou prescreve dever, franqueia também implicitamente todos os poderes particulares necessários para o exercício de um, ou o cumprimento do outro. Isto me parece muito claro se nos detivermos à leitura do art. 139 da Constituição Federal, que estabelece quais

são as funções institucionais do Ministério Público. O dispositivo em questão não fala da função de investigar, mas ele impõe ao Ministério Público o zelo pelo efetivo respeito aos poderes públicos e aos serviços de relevância pública, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, entregando-lhe depois a inquisição de diligências investigatórias. Bem, como o dever de exercer outras funções, desde que compatíveis com a sua finalidade, portanto, como concluir que não pode o Ministério Público investigar de um modo próprio? E acrescentar-se que não se pode ignorar na interpretação da lei a realidade da sociedade brasileira, onde a polícia não conseguiu, como atestam os inúmeros procedimentos abertos pelo Ministério Público, sair do atoleiro em que se afunda pela corrupção e pela prática da violência.

A esse propósito, os seus órgãos corretores não têm correspondido às imposições de transparência e de probidade administrativa impostas pela Constituição, renegando a um segundo plano as recomendações das suas ouvidorias de polícia, deixando de proceder quando averiguações esclarecem autorias dos ilícitos funcionais. Aí o corporativismo fala mais alto, permitindo a mais deslavada imunidade. A constituição, como assinala Jorge Miranda, deve ser apreendida a qualquer instante, como um todo, na busca de uma unidade harmonia de sentido. Assim, o apelo ao elemento sistemático, que consiste aqui em procurar as recíprocas implicações de preceitos e princípios em que aqueles fins se traduzem, em situá-los e defini-los na sua interrelação e em tentar chegar assim em uma idônea síntese globalizante crível e adotada de energia normativa. Na hipótese, argumenta-se de uma contradição de princípios, tal contradição há de ser superada mediante a preferência ou a prioridade na efetivação de certos princípios frente aos restantes. É o que diz Jorge Miranda. Realmente, se a interpretação sistemática dos textos constitucionais leva à convicção da preeminência da ação do Ministério Público ante a atividade policial, a qual não têm os seus titulares as incumbências e atribuições do Ministério Público, ao autor da ação penal não se pode negar a capacidade de reunir provas para indiciá-la. Ao elemento sistemático junta-se o fato de que em um número tão expressivo de casos, a investigação do Ministério Público se sobrepôs à intervenção policial, seja para completá-la, seja para aperfeiçoá-la, ou até mesmo para substituí-la.

Os grandes e emblemáticos procedimentos penais foram sempre sustentados pelo Ministério Público que tem, a propósito, uma história de coerência e de independência relativa aos poderes do Estado. Como pondera o filósofo Luis Recaséns Siches, em sua *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, o direito não é um sistema constante, uniforme, igual, se não, pelo contrário é mutável, e tem uma dimensão essencialmente plástica de adaptação a novas situações e circunstâncias, tem sempre esse caráter em medida maior ou menor, mas em nossa época o tem em uma enorme proporção. Recordar-se que as investigações sobre as atividades do esquadrão da morte foram efetuadas pelo Ministério Público e desvendaram violência, corrupção,

favorecimento ao tráfico de drogas e outras violações de nosso ordenamento jurídico-penal por reagentes policiais. Essas investigações foram questionadas, já naquele tempo, na década de 70, perante o Supremo Tribunal Federal, que, entretanto, considerou-as legais e necessárias a esse propósito, com voto do Ministro Octavio Gallotti que elucida bem essa questão da atuação investigativa do MP.

Como controlar, pois, a atividade policial, senão entrando na sua área de competência. Essas investigações não poderiam prosperar dentro da própria polícia. E somente a ação do Ministério Público é que as pode desvendar. A proibição pretendida busca embasamento em atitudes isoladas de membros do Ministério Público, que não tem levado em conta a unidade funcional do Ministério Público, uno e indivisível. Distorções na sua atuação que podem ser facilmente corrigíveis decorrem da concepção já ultrapassada, que entregavam ao chefe da instituição, então demissível pelos governadores do Estado ou pelo presidente da República, o monopólio do exercício da atribuição do País. A figura do chamado promotor natural surgiu exatamente para impedir a filiação política da instituição, quando, para atender a reclamos da chefia do poder executivo, destituíam-se promotores que não se alinhavam a uma determinada linha política. Nos dias atuais, nomeado dentro da classe por mandato certo que somente será revogado segundo as dificuldades impostas pelo procedimento instituído, o Procurador Geral de Justiça dos Estados ou da República não tem a temer sua destituição se sua atuação não se conforma à vontade da política dominante. Ele passa a agir segundo os princípios que formam a pureza procedimental do Ministério Público na forma do quanto dispõe a constituição com o que tivemos a oportunidade de assinalar. Vejam bem, hoje é muito difícil passarmos além da figura do promotor natural. E isso, na minha visão é uma distorção no que diz respeito ao princípio da unidade funcional do Ministério Público. O Procurador-Geral de Justiça é autônomo, independente, então ele não está sujeito às questões políticas que podem surgir durante a sua atuação. Se um promotor público desvia-se na sua atuação, porque o Procurador-Geral de Justiça não pode avocar esse procedimento? Ele é o chefe da instituição e depois evidentemente submete a sua decisão ao Conselho Superior da classe.

Assim, a avocação do procedimento se torna diante da unicidade da instituição uma atitude normal com qualificativos da coerência de ação do Ministério Público. Mas isto, embora tenha contornos constitucionais, é matéria prevalentemente de lei ordinária, de organização do Ministério Público, que deve tê-la com vistas ao princípio de unidade fundamental na atuação do *Parquet*. Como se vê, não existem argumentos que possam permitir a redução das atribuições do Ministério Público, reduzi-las seria premiar os chamados delinquentes de colarinho branco e o próprio crime organizado. Em remate, na decisão a ser tomada, essa matéria está sujeita a decisão do Supremo Tribunal Federal, que deverá fazer profunda reflexão sobre a questão constitucional e infra-constitucional, sem esquecer do seu papel de árbitro maior, não só da Lei

Magna, mas da própria realidade brasileira, pois interpretar é descobrir tudo aquilo que a norma dispõe, para que ela seja instrumento de paz social. Nesse caso especial, não importa que se tenha editado ou não a lei complementar prevista no parágrafo segundo do seu artigo 127, pois como ensina Clémerson Merlin Cléve: “No Brasil tem-se como certo que todas as disposições, ainda que adjetivas da constituição são essenciais, imperativas e então, mandatórias, como já teve a oportunidade de asseverar o velho Francisco Campos. Muito pelo contrário. Como na sociedade atual, onde a criminalidade viceja e se desenvolve, impedir-se a ampla atuação do Ministério Público será acoroçoar-se a ilicitude daqueles que se situam em patamares superiores da sociedade e que por isso mesmo se sentem imunes. A lei penal, segundo se pensa, não é para eles, mas para aqueles que o sistema político econômico marginalizou ou excluiu das classes sociais”.

Como se vê, a combinação de critérios interpretativos de início mencionados só podem levar a uma conclusão, não se pode retirar meios, quaisquer que sejam, que impeçam ou dificultem a propositura da ação penal pelo MP. Se a tanto chegarmos, estaremos decretando a própria falência do atual ordenamento jurídico que o constituinte de 86 e 88 buscou normatizar, tendo em vista a contribuição do Ministério Público na construção do estado democrático.

De outra parte, é preciso assinalar que necessária, segundo o pensamento jurídico nacional, a reforma do poder judiciário de 2004 não passou de uma simples maquiagem. Na prática, manteve-se a mesma situação que antes vigia, assim não se pôs termo ao foro privilegiado, não se tocou na estrutura da Justiça Eleitoral e acrescentou dispositivos inócuos, que, passado mais de ano, não disseram a que vieram. Quero a respeito lembrar que a federalização das violações graves de direitos humanos sob o fito do Procurador Geral da República ainda não aconteceu, muito embora solicitações que se enquadram na qualificação legal não tenham sido atendidas, frustrando-se as expectativas sobre o novo dispositivo. Nós mesmos em São Paulo, a propósito vocês devem ter notícias de um chacina de moradores de rua, diante da morosidade, já faz três, quatro anos e não se toma nenhuma medida, solicitou-se a federalização não só das investigações, mas, do julgamento subsequente e não se obteve. No outro caso em que a polícia armou um esquema para eliminar supostos delinquentes, que foram chacinados dentro de um ônibus por policiais em uma estrada próxima a São Paulo, que vai da capital a Sorocaba, chamada Castelinho, e quando se pediu primeiro que a Polícia Federal fizesse as investigações, porque a polícia investigar a si própria não dá nenhum resultado. Em São Paulo está o maior contingente de policiais militares de todo o Brasil, nós temos uma Polícia Militar com cerca de 150 mil de pessoas, com grande ingerência na política e na atuação de governança do Estado. Solicitamos então a federalização e não obtivemos.

Eu me lembro de que, há dois anos, quando o comitê de defesa dos direitos humanos das Nações Unidas discutiu o relatório oferecido pelo Brasil, a respeito do cumprimento dos tratados sobre direitos civis e políticos e que se perguntou durante esse colóquio entre Nações Unidas e o Governo brasileiro a respeito da federalização dos crimes praticados contra os direitos humanos. E, a procuradora da república, encarregada do setor, afirmou na ocasião, e depois disso não houve nenhuma alteração, que nenhum dos oito casos apresentados na Procuradoria Geral da República foram admitidos para que fossem ao Superior Tribunal de Justiça e se obtivesse a federalização no procedimento desses crimes. Portanto, um dispositivo absolutamente inócuo e que consta da reforma do Poder Judiciário.

Quanto à Justiça Eleitoral, nós vimos com surpresa que pessoas denunciadas pelo Procurador Geral da República como incurso em vários artigos das leis penais puderam ter seus nomes registrados como candidatos e receber cadeiras no parlamento como se tivessem uma vida pregressa isenta de qualquer deslize, na forma do disposto do artigo 14, parágrafo 9º da Constituição, que considera para o registro de candidaturas o exame prévio da vida pregressa do candidato e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou abuso do exercício da função, cargo ou emprego. O que quer dizer tudo isso?

A meu ver não se exige uma decisão transitada em julgado, reconhecendo o crime e seu autor para varrer pretensões políticas ilegítimas. A vida pregressa do candidato é que vai permitir a presunção de que sua candidatura e eventual eleição não vão se opor à normalidade e legitimidade das eleições, sem interferência do poder econômico ou do abuso do exercício da função, cargo ou emprego .

Ora, tem-se interpretado, provavelmente sopraram nos ouvidos do chefe da nação que tudo se resume a uma sentença transitada em julgado, condenando o candidato a registro, na forma do disposto no artigo 5º inciso 57 da Constituição, quando dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Considere-se que se trata de uma interpretação pelo menos equivocada. O inciso 57 citado, do artigo 5º do texto constitucional está entre os direitos e garantias fundamentais, no caso, o direito à liberdade, quer dizer, ninguém pode ser preso sem uma sentença transitada em julgado. Mas isso não quer dizer que um candidato que queira obter o registro deva ter uma sentença transitada em julgado para que haja então a presunção de que ele não voltará a delinquir. Segundo penso, isso não tem nada a ver com o registro do candidato, mesmo porque uma sentença transitada em julgado não pode ser considerada como passaporte para corrupção ou para o exercício indevido do poder. E vocês sabem tanto quanto eu quanto custa, quanto tempo demora uma sentença para transitar em julgado, quanta chicanas podem ser postas no meio do caminho para se evitar o trânsito em julgado de uma sentença penal. Aliás, os

juízes penais nas suas decisões não consideram na aplicação da pena apenas o fato, mas o autor e sua vida pregressa, o que em uma palavra significa que não basta a reincidência reconhecida judicialmente para dosagem da pena, pois outros fatores são imprescindíveis, dentre eles, o exame da vida pregressa do acusado.

Não é por outro motivo que pessoas com passado criminal ainda que não condenadas por decisões transitadas em julgado exercem mandato no executivo e no legislativo, desfigurando o interesse público que busca o desenvolvimento do Brasil, para que ele não seja o País do futuro, mas que seja o País do presente, onde os direitos humanos sejam realmente o fundamento do Estado.

Se de um lado o Ministério Público, como verdadeira magistratura que tem, precisa atuar sem acepção de pessoas, de correntes sociais e de cargos para conduzir na Justiça a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis e outro contra o poder judiciário, mediante as demandas que chegam à sua apreciação, sobretudo a guarda da Constituição, não se podendo esquecer nessa atuação a relevância dos direitos fundamentais, preservando o Estado de Direito, que em última análise é o Estado democrático.

Em último, é elementar o episódio, que não poderia deixar de fazer menção, macula esse sonhado estado democrático em especial, augures de que se tratava de matéria de competência exclusiva de uma das casas do Parlamento.

Na democracia não há exclusividade. Todos os representantes do povo devem ao povo os seus mandatos. E se deles se divorciam, não mais o representam. Num escândalo, num dos poderes não atingem tão-somente a esse poder, mas ao Estado como um todo, cabendo uma reação conjunta, que sempre se busca tardiamente, para que se possa caminhar na construção do Estado de direito. Portanto, Judiciário e Ministério Público devem sempre atuar lado a lado em busca da Justiça.